

ESTUDIOS PENALES

EN MEMORIA DEL PROFESOR

AGUSTÍN FERNÁNDEZ – ALBOR

COORDINAN:

**SEMINARIO DE DERECHO PENAL
E
INSTITUTO DE CRIMINOLOGÍA**

1989

UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

CUESTIONES SOBRE LA NATURALEZA DEL CASO FORTUITO Y LA REFORMA DE 1983

AURORA GARCIA VICTORIA
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

Cumplida ya, tras la Reforma de 1983, y de la que cabe decir con Cuello Contreras que ha servido, fundamentalmente, para advertir la necesidad de “revisarse a sí misma”, a través de las diferentes opiniones y teorías que en su seno se conjugan¹, y asimismo perfilada una Propuesta de Anteproyecto del Nuevo Código Penal (PANCP), de 1983, una etapa suficiente para permitir la adecuada valoración de sus efectos, nos ha parecido de interés examinar su incidencia en uno de los temas más discutidos de la Parte General, dada la importancia y variedad de sus repercusiones, como es el caso fortuito, al cual se quiso dotar de una entidad distinta, más acorde con los nuevos planteamientos sociales imperantes, y que reclamaban, a su vez, en consecuencia lógica, soluciones; diferentes y válidas, ante lo que vino a configurarse como uno de los medios necesarios para la finalidad, la modificación de la ley penal entonces vigente, por cuanto, y especialmente en esta cuestión, había demostrado, en ocasiones con un elevado coste de perjuicios al sujeto afectado lo inadecuado, jurídico y político-criminalmente, de su configuración.

Y dentro del tema aludido, se hace especialmente interesante, por las implicaciones que deriva, la determinación de su naturaleza jurídica, siempre controvertida, y ahora en mayor grado, al sumársele tras la Reforma, nuevos factores de confusión. Intentar esclarecerla, por tanto, es el objeto del presente trabajo.

Para clarificar este aspecto ha de partirse de la redacción del nuevo artículo 6 bis b), en cuya fórmula encuentra acogida la petición de un sector doctrinal, mayoritario, que abogaba por la remodelación de una eximente².

Actualmente pueden estimarse como más representativas en torno a su naturaleza, debido a su mayor difusión, las siguientes teorías, que a continuación describimos sucintamente:

- Para ciertos autores excluye el dolo o la culpa, significando una causa de exención de ambas formas de culpabilidad, ya que bajo su criterio, el dolo y la culpa reciben este tratamiento. Se presenta, entonces, como una causa de inculpabilidad por inexistencia del

¹ Cuello Contreras, Joaquín, "La teoría de la culpabilidad y el error de prohibición (I a Reforma del CP, de 25 de Junio de 1983, algunos años después) en Cuadernos de Política Criminal, 32, (1987), p. 279.

² Véanse comentarios sobre su antigua regulación, en: Del Rosal, Juan "Del caso fortuito incompleto", en Comentarios a la Doctrina Penal del Tribunal Supremo, Madrid, 1961, pp. 3 y ss.; Ortego Costales, José, "El caso fortuito en el derecho positivo", en Estudios jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez Vitoria I, Barcelona, 1983, pp. 675 y ss.; Puig Peña, Federico "Caso fortuito", en Nueva Enciclopedia Jurídica, 111, 1951, pp. 756 y ss.; Torio López, Ángel, "Versari in re illicita y delito culposo. El denominado caso fortuito impropio", en *Anuario de Derecho Penal*, 1976, pp. 17 y ss. Rodríguez Mourullo, Gonzalo, "La nueva regulación del caso fortuito", en *Comentarios a la legislación penal*, V, Madrid, 1985, pp. 96 y ss.; Cerezo Mir, José, "El versari in re illicita en el Derecho penal español", en Problemas fundamentales del Derecho Penal, Madrid, 1982, p. 72; Maqueda Abreu, María Luisa, "El principio de responsabilidad subjetiva: su progresiva influencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la Reforma del Código penal de 25 de Junio de 1983", en Cuadernos de Política Criminal, 31, 1987, pp. 185 y ss.; Morillas Cueva, Lorenzo, "La culpabilidad en la Reforma del Código penal", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, 4, (1984), pp. 81 y ss.

segundo supuesto necesario para formular el juicio de reproche en que consiste la culpabilidad, pues a quien actúa sin dolo ni culpa, no se le puede reprochar el injusto típico que ha causado³.

-para otros, implica una causa de justificación. Como razona en tal sentido Luzón Peña, debe considerarse que si una persona, conduciéndose con toda la diligencia debida, lesiona accidentalmente un bien jurídico, se está comportando como es debido, por tanto, no de modo prohibido; es decir, está cumpliendo los deberes que el orden jurídico le impone. Ante ello, su conducta ha de ser conforme a Derecho, y en modo alguno antijurídica⁴.

- Y en algunas opiniones, también, constituye un factor de exclusión de la tipicidad, en cuanto que si se admite el dolo y la culpa como formas subjetivas de imputación en el tipo de injusto, el caso fortuito, al significar ausencia de dolo y culpa respecto al mal causado, erradica el daño acaecido fortuitamente del ámbito de lo relevante típicamente. Por tanto, viene a representar la negativa absoluta del aspecto subjetivo de la tipicidad⁵.

Muy particular resulta la opinión de Mir, quien ofrece un criterio intermedio entre la tipicidad y la antijuricidad, señalando tres grupos de supuestos:

a) Si en el tipo imprudente se produce una lesión no atribuible a la inobservancia del grado de cuidado típico necesario, la lesión es fortuita y no se realizará el tipo imprudente. Lo que ocurre tanto en los riesgos estimados como imprevisibles, como en aquellos que siendo en cierto modo previsibles, es adecuado correrlos en base a su necesidad social.

b) En los riesgos necesarios para evitar otros males (ejemplo, acciones de salvamento arriesgadas), concurre la inobservancia del grado de cuidado necesario para evitar la lesión. Por tanto, existe tipo imprudente o doloso, pero su realización está justificada por la eximente de estado de necesidad.

c) Entendiendo que la suposición errónea invencible sobre la concurrencia de los presupuestos objetivos es una causa de justificación, excluye la pena por falta de injusto doloso o imprudente, habrá que aceptar que en este caso la ausencia de culpa no excluye el tipo en sentido estricto, sino que opera como causa de justificación, pues- la realización típica se permite porque se presenta “ex ante” como necesaria para el sujeto, y entre esa apariencia de necesidad de la lesión o puesta en peligro y el riesgo muy improbable (“imprevisible”) de que no lo sea, la ley se inclina a favor del interés prevalente de que el sujeto pueda o incluso deba decidir lo que- le parece más necesario⁶.

A nuestro parecer, sin embargo, solamente en el primer caso señalados por este autor incide verdaderamente el caso fortuito, pues en otros, el estado de necesidad, el error u otras eximentes relativas al caso concreto, son los factores llamados a operar.

Vamos a dedicar a estas teorías un breve comentario, para mejor esclarecer nuestra posición al respecto, antes de pronunciarnos sobre la naturaleza de dicha eximente, entendiendo con Rodríguez Mourullo, y como cuestión previa, que los casos en los cuales falta ya la imputación objetiva permanecen al margen del artículo 6 bis b), quedando dicho

³ Sáinz Cantero, José Antonio, Lecciones de Derecho Penal, III; Barcelona, 1985, pp. 90-91.

⁴ Luzón Persa, Diego, Aspectos esenciales de la legítima defensa, Barcelona, 1978, pp. 251-252.

⁵ Muñoz Conde, Francisco, Teoría general del delito, Bogotá, 1984, p. 120.

⁶ Mir Puig, Santiago, Derecho penal. Parte General, Barcelona, 1985, pp. 443 y ss.

precepto reservado para aquellos supuestos en los que ésta puede fundamentarse⁷; por cuanto, como asimismo señala Sainz Cantero, el caso fortuito no interrumpe la causalidad del comportamiento humano, sino que se trata de un suceso producido en el marco de un curso causal irregular, que no rompe sin embargo el vínculo material por el cual se ligaba a la conducta del sujeto, al ser ésta causante del injusto típico ocasionado; pero que no ha podido ser prevenido ni evitado, ni aun aplicando la debida diligencia⁸.

Quizás abona también nuestra creencia de no hallarnos ante un factor excluyente de la acción típica, si se aprecia una matización chic aun siendo susceptible de resultar equivocada, por ajena a las verdaderas intenciones del legislador, o demasiado especulativa, nos parece, sin embargo, muy reveladora, como es la utilización del verbo "causar" para describir el núcleo constitutivo del caso fortuito; lo cual permite suponer, explícitamente, que la conducta del sujeto debe "producir" algo, que no puede ser otra cosa más que un resultado penalmente relevante; e implícitamente, que ese resultado es objetivamente imputable a su conducta; de lo contrario, nada habría "causado", en sentido jurídico penal.

Y pasando ya al análisis concreto de las interpretaciones aducidas sobre su naturaleza jurídica, examinaremos en primer lugar, una de las más extendidas actualmente: la teoría que le otorga carácter excluyente de las formas de culpabilidad. Pero, ¿puede sostenerse esta hipótesis después de la Reforma acaecida?

Antes de decantarnos en un sentido u otro, conviene hacer algunas precisiones:

Con independencia de la opinión mantenida sobre la existencia de las formas de culpabilidad, entendemos, que una cosa resulta clara: la anterior redacción del artículo 20º probaba, insoslayablemente, la exención de responsabilidad civil para el caso fortuito cuando se hallaba contenido en el artículo 811, viniendo a significar que como forma excluyente de culpabilidad, en tanto en cuanto ésta la produce, no podía admitirse. Y exactamente igual acontece ahora, considerando que, aunque se ha retirado del artículo 8º, y por ello el artículo 20º ya no le está referido, no obstante podría el legislador, en cualquier otra forma, haber dejado patente la posibilidad de originar dicha consecuencia (ejemplo, artículo 564). Pero además, y sobre todo, si a ello se añade la supresión del antiguo artículo 64, generador de responsabilidad por imprudencia para quienes actuaban sin la concurrencia de todos los requisitos exigibles en la estimativa del caso fortuito, no parece ser la voluntad del legislador actual favorable a dicha interpretación.

Otro elemento de juicio podría residir en la nueva configuración del artículo 6 bis b), señalando en tal sentido Gómez Benítez, cuya opinión utilizamos como ejemplo de los autores que en la misma línea se manifiestan, que los actuales preceptos párrafo 2º del artículo 1º y 6 bis b) constituyen una prueba de que el legislador, en la Ley de Reforma de 1983, no ha querido prejuzgar la pertenencia del dolo y la culpa a la culpabilidad, pues vistos los antecedentes legislativos de la actual fórmula legal y concretamente el Proyecto de Código Penal de 1980, el decir ahora "no hay pena sin dolo o culpa", significa que no los vincula a la categoría de la culpabilidad. Lo cual se remarca en mayor medida dentro del artículo 6 bis b) donde se ha sustituido la fórmula "no será reprochable, si se causa por mero accidente sin dolo ni culpa del sujeto", por el "no será punible"⁹.

⁷ Rodríguez Mourullo, cit., p. 110.

⁸ Sainz Cantero, cit., p. 90.

⁹ Gómez Benítez, Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General, Madrid, 1987, p. 342.

Ahora bien, aquí creemos que puede matizarse a dicha afirmación, al margen de la cuestión que ahora nos ocupa, pero en cierta relación con ella, y en defensa de opiniones favorables a la consideración del dolo y de la culpa como formas de culpabilidad, que en el hecho de mencionarse en el texto legal el vocablo “punibles”, lo único claramente advertible es la voluntad legislativa de no tomar partido en esta controversia jurídica, adoptando una fórmula omnicomprendensiva, capaz de sustentar su decisión. Por eso utiliza el término “punibles” en vez de “reprochables”, que resultaba más definitorio y comprometido, como bien señala dicho autor, al ser ésta cuestión perteneciente al juicio de culpabilidad. Pero, en cambio, estimamos faltan mayores datos para poder afirmar tan categóricamente, si previamente no se estiman conjuntamente las anteriores razones, que el legislador con esta expresión toma partido en favor de constituir la naturaleza del caso fortuito un elemento de exclusión del tipo en vez de las formas de culpabilidad; y tampoco cabe admitir, sin más, la otra deducción que extrae con carácter general, de que así evita la vinculación del dolo y la culpa al juicio de reproche,; aunque desde su posición teórico-jurídica sobre el delito resulte clarísima tal consecuencia¹⁰.

Entendemos por tanto, y en realidad que el legislador no pretende con esta terminología sacar conclusiones, sino en principio, posibilitarlas todas, obviando dogmatismos, y permitiendo con ello que cada autor interprete a su manera dicho artículo, seleccionando la opción más adecuada según su criterio y siempre que ésta resulte acorde con la finalidad de la norma. Lo cual conduce a aceptar porque Gómez Benítez, entre otros autores, estima que ha desvinculado el dolo y la culpa del juicio de reproche. Pero a nuestro parecer, aunque no los vincula, tampoco descarta la vinculación. Y prueba de lo manifestado es, que la actual redacción del artículo 10 utiliza en su párrafo primero, la expresión “penas” por la ley; y en su párrafo segundo, remarca: “no hay pena sin dolo o culpa”; lo cual se evidencia como perfectamente admisible y lógico desde cualquier postura dogmática sustentada, pues para todas ellas, si no existe dolo o culpa en un comportamiento (con independencia de donde los sitúen), no constituirá delito, y por tanto no podrá ser reprochable, y menos, punible.

De ahí que incluso, en nuestra opinión, el segundo párrafo de dicho artículo: “no hay pena sin dolo o culpa” parezca superfluo, pues bajo la descripción: “son delitos las acciones u omisiones dolosas o culposas penas por la ley”, no es preciso reiterar que faltando el dolo o la culpa no cabe delito, y por tanto pena; resultando todo esto perfectamente sobreentendido en la descripción primera. E igual cabe decir sobre el último párrafo¹¹.

¹⁰ Gómez Benítez, cit., pp. 100-101.

¹¹ De manera parecida a la actual se halla redactada la PANCP, cuyas referencias al tenla vienen dadas por el artículo 3.º y por el artículo 14.º, siendo el artículo 3.º a nuestro juicio, reiterativo con respecto al artículo 140, ya que éste manifiesta que “son delitos o faltas las acciones dolosas o imprudentes penas por la Ley”, y en aquél se advierte que “no hay pena sin dolo o culpa”, con lo cual puede hacerse extensiva la crítica antes reseñada.

En realidad debe hacerse constar que a pesar del indudable inicio que el artículo primero ofrece, pues como señala Morillas Cueva, cit., es evidente la voluntad legislativa de que cumpla la triple respuesta de mantener, en primer lugar, la definición de delito en el Código penal, para que de este modo se resguarde, a su vez, una triple función conceptual, normativa y garantista (Vid. también respecto a este tema Cobo del Rosal, Manuel y Vives Antón, Tomás Salvador, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1987, pp. 180-181); en segundo lugar, disipar dudas interpretativas; y en tercero, excluir decididamente la responsabilidad objetiva, que por contra la anterior reducción parecía querer legitimar (p. 97), no todo en él resulta exento de objeciones, pues al margen de las redundancias constituidas por los párrafos segundo y tercero, este último además, puede suponer en cierto modo un deterioro del principio de culpabilidad proclamado en el primer párrafo. Nos lleva a esta conclusión el empleo de la fórmula “al menos por culpa”, que si bien, de una parte, tiene como finalidad evitar las consecuencias excesivas del “versari” en los tipos cualificados por el resultado

Y al respecto, encontramos asimismo innecesario el artículo 6 bis b), acertadamente desaparecido en la PANC, ya que representa una nueva incidencia sobre el mismo tema, por los motivos antes aludidos, y además porque si la principal razón bajo la que se estimaba necesario modificar la antigua fórmula, es porque ésta requería un arranque inicial lícito, a fin de evitar la impunidad de resultados derivados de un delito, y también, en cambio, para asegurar la exclusión, incluso de imprudencia, en los sucesos accidentales, originariamente lícitos -a pesar de la no participación subjetiva del autor, en ambos casos, sobre el resultado acaecido puesto que ahora se ha-conseguido suprimir tal requisito, volviendo en este sentido las cosas a su debido cauce, y de otra parte, el mencionado párrafo primero del artículo 1.º cumple más o menos suficientemente, según los casos, el cometido de respetar las garantías derivadas de todos los principios jurídicos, en base a los que los acontecimientos fortuitos quedan exentos de responsabilidad criminal, con mayor razón parece superfluo, Si bien resultan estimables, y no cabe por ello desconocerlas, las razones del legislador para evidenciar, aún más, lo evidente. En tal sentido se dice que su expresa consignación era necesaria, especialmente reiterando la necesidad de que concurra al menos culpa, para atribuir un hecho originariamente ilícito a su autor, como precaución ante el peso abrumador tradicionalmente mantenido por el principio del “versari” sobre la interpretación jurisprudencial¹², contribuyendo así a reforzar la exclusión de la responsabilidad en “hechos y consecuencias en las que no aparezca probada la participación subjetiva de su autor (autor-partícipe)”¹³.

subsistentes tras la Reforma de 1983 (otra prueba, a su vez, de que la eficacia del principio de culpabilidad no es tan real como parece), de otra, cabría que originara un desfase entre la pena aplicable al sujeto y la verdadera participación subjetiva de éste en el evento ocasionado, pudiendo quebrarse la necesaria proporcionalidad entre ambos, si por ejemplo, la participación subjetiva de éste fuese mínima en relación con la pena impuesta, en cuanto que rebasara la medida de su culpabilidad, pues siquiera teóricamente, la expresión -al menos por culpa» ¿alude o parece aludir a la posibilidad de concurrencia junto a la culpa en todos sus grados, de dolo eventual.

También admite la hipótesis de que el dolo eventual encuentre acogida bajo esta expresión: Suárez Montes, Rodrigo Labio, “Aplicación del nuevo artículo 1 del Código penal al aborto con muerte en la reciente jurisprudencia del tribunal Supremo”, en Estudios Penales y Criminológicos, IX, 1984-85, Santiago de Compostela, pp. 207 y ss.; siendo rechazada, en cambio, por Quintero, al entender que el término “al menos por culpa” no es más que una simple redundancia legislativa -que debería, en paridad, haberse sustituido por “como máximo por culpa” en la necesidad de comprobar la existencia de culpa en un determinado hecho, pero sin que haya, en ningún caso, de concurrir dolo eventual, pues si el resultado producido hubiese sido de alguna manera previsto y querido por el sujeto, en vez de un delito cualificado por el resultado habría un delito distinto y más grave: Quintero Olivares, Gonzalo y Muñoz Conde, Francisco, La reforma penal de 1983, Barcelona, 1983, pp. 30-37. Opinión que comparten: Cobo/Vives, cit., p. 446.

Vid. un resumen de la interesante polémica suscitada por esta expresión, en: Mir Puig, Santiago, “Principales reformas de la ‘parte dogmática’ del derecho penal español”, en Estudios de Deusto, XXXV, Enero-junio, 1987, pp. 232 y ss.

De cualquier forma, y habida cuenta de que el artículo se halla destinado a eliminar las consecuencias, al menos las peores, de “versari” sobre los delitos cuantificados por el resultado y el caso fortuito (el cual a su vez se contempla especialmente en el artículo 6 bis b), a su vez también, y ahora doblemente, superfluo, por razones ya apuntadas), resultaría innecesario para este cometido, si fuesen erradicados los delitos cualificados por el resultado, utilizándose en cambio el concurso ideal de delitos y los criterios de la imputación objetiva como mejores medios para obtener resultados más acordes en determinados supuestos, y teniendo presente también que lo meramente accidental, lo fortuito, sin intervención de dolo o culpa por parte del autor, debe resultar impune.

¹² En este sentido: Sáinz Cantero, cit., p. 91. De la misma opinión Quintero/Muñoz Conde, cit., pp. 62 y ss.; Quintero Olivares, Gonzalo, Derecho penal. Parte general, Barcelona, 1986, p. 423; Bustos Ramírez, Juan, Manual de Derecho penal español. Parte general Barcelona, 1984, p. 222. Sobre la problemática de la interpretación “versarista” de este artículo, vid. por todos: Torío López, cit., pp. 23 y ss.; Ortego Costales, cit., pp. 675-676.

¹³ Maqueda Abreu, cit., p. 194.

Y volviendo al tema de su naturaleza, y con independencia de que, efectivamente, el caso fortuito suponga la exclusión de la tipicidad, para quienes así lo estimen –pues nada jurídicamente lo impide– creemos que también cabe entenderlo, y aplicarle los mismos razonamientos, y una vez señalado que como factor supresor de la culpabilidad no parece aceptable, desde una óptica dogmática distinta a la anterior: como causa excluyente de la antijuridicidad por falta de desvalor en la acción; al no poder valorarse negativamente, es decir, desvalorarse, y por ello, declararla contraria a derecho, la conducta que origina un resultado acaecido fortuitamente, pues como señala Gimbernát –cuyas palabras pueden aducirse aquí, aun cuando sus conclusiones difieran de este resultado– las conductas peligrosas practicadas con la debida diligencia no pueden ser antijurídicas, por cuanto no infringen ningún mandato jurídico, sino todo lo contrario, observan rigurosamente los mandatos del Derecho y el cuidado necesario exigido. Ante ello, si el Derecho impone unas ciertas pautas de comportamiento que el sujeto observa, sería contradictorio declararlas antijurídicas, ya que a mayor abundamiento, “la antijuridicidad se decide tomando como criterio al hombre prudente (ideal), y lo que precisamente hace este hombre prudente (por eso lo es) cuando ejecuta una acción peligrosa es seguir las normas de diligencia”¹⁴.

Y no es de extrañar, entonces, que también pueda coincidirse con las palabras de Quintano: “concebido como circunstancia eximente el caso fortuito, al destruir su mera existencia la antijuridicidad del acto, será, a no dudarlo, causa de justificación y hasta de archijustificación, si cupiera este concepto”¹⁵.

En cambio, se opone a esta consideración Ortego, por entender que es injusto excluir todo tipo de responsabilidad para quienes en origen actúen ilícitamente, aunque el resultado posterior sea accidental, pues “conforme a derecho, ese daño no se debió producir; ni siquiera se debió correr el riesgo”. En consecuencia, la responsabilidad civil debe subsistir para estas conductas”¹⁶.

Pero, replicando al anterior autor, no sólo por las razones antecitadas, sino de otra parte, ¿cómo jurídico y político-criminalmente, exigir responsabilidad, de ningún tipo, a quien ha puesto en el comportamiento realizado, por ilícito que originariamente pueda ser, toda la diligencia posible? ¿Podría reprochársele algo, o cabe pedir un mayor cuidado, a quien se ha conducido con todo el cuidado posible, según reconoce, incluso, la misma fórmula legal? Por ello, si el resultado dañoso sobreviene por mero accidente; si sólo el azar es responsable (o el “acaso”, como lo denominaba con gran exactitud de términos Filangieri) ninguna carga jurídica, siquiera meramente civil, debe pedirse a nadie.

Igualmente, no puede marginarse en dichos temas, por su íntima relación para hallar el fundamento de la no punición del caso fortuito, la motivación ejercida por la pena, cuestión esta sobre las que nos parecen enteramente suscribibles las opiniones de autores como Gimbernát, quien alega que el legislador sólo puede motivar conductas “correctas”, lo cual constituye el límite de lo racionalmente prohibitorio. Después, si el sujeto se comporta cuidadosamente (lo único que él puede controlar) y, no obstante, lesiona fortuitamente un bien jurídico (lo que escapa a su control), ello no puede constituir una conducta prohibida, pues, en realidad, ha ocurrido todo en el modo en que el Derecho quería, y podía, esperar que sucediese: una actuación diligente por parte del sujeto, al

¹⁴ Gimbernát Ordeig, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*. Madrid, 1966, pp. 103-104.

¹⁵ Quintano Ripollés, Antonio, *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. renovada por el autor y puesta al día por Enrique Gimbernát Ordeig, Madrid, 1966, p. 127.

¹⁶ Ortego Costales, cit., p. 684.

ejecutar la acción. Consecuentemente, cuando éste ha observado la diligencia debida, su conducta es impune aunque ocasione un resultado dañoso, en atención a que la finalidad encauzadora buscada por el Derecho, como es contribuir a la observancia del deber de no actuar ni dolosa ni imprudentemente en detrimento de un bien jurídico, ha resultado salvaguardada¹⁷.

Pues bien, entendemos que pueden hacerse extensivas sus palabras, si se considerase el caso fortuito como causa de antijuricidad, ya que también aquí se cumple, normativo y político-criminalmente, el no poder desvalorarse por el ordenamiento jurídico lo imprevisible, y por tanto inevitable, para el sujeto, ya que mal puede evitarse lo que no, puede siquiera prevenirse. Por tanto, aplicar alguna sanción, cualquiera que sea su especie, aún meramente civil, resultará contrario a derecho, injusto, por disfuncional e ineficaz; sin contar con que si la misión del Derecho ha sido salvaguardada, al exigir, y obtener, que el sujeto se comporte diligentemente, ¿qué sentido tiene imponerle como correctivo aquello que significa precisamente todo lo contrario, es decir, que el sujeto no se ha comportado en la forma requerida por el Derecho, y que su conducta es contraria a él, por carecer de la suficiente diligencia, haciéndosele por ello incurrir en la responsabilidad inherente?. ¿No supone lo dicho una contradicción total, lógica y jurídica?

Y ya en otra perspectiva, no creemos pueda obstar a esta conclusión propuesta de eximente de antijuricidad, la nueva situación del artículo 6 bis b), que algunos autores han convertido en claro exponente de la pretensión legislativa de establecerla como “cuestión anterior a las eximentes de responsabilidad criminal”, en vez de como eximente genérica de ésta, por haber sido removida del artículo 8º, su anterior emplazamiento, para configurarla ahora, bajo su criterio, como elemento de exclusión del tipo, o como límite general a la intervención punitiva, según las opiniones y la terminología propia de cada autor¹⁸. Pues si bien podría constituir una de las posibilidades interpretativas, tampoco ha de estimarse como definitiva, al resultar sobradamente conocida la inexactitud con que el legislador coloca, en ocasiones, los artículos, y aun más los de nuevo cuño, acomodándolos sin orden ni concierto y desatendiendo criterios jurídicamente apreciables para una adecuada ubicación. Los ejemplos, por abundantes, han dado lugar a copiosas críticas, y no parece exagerado afirmar que cuando un investigador se ocupa de algún precepto, casi siempre lo primero en señalar es su inadecuada disposición¹⁹.

Por otra parte, y considerando que el caso fortuito estaba dispuesto con anterioridad, en el artículo 89, si ha de seguirse estrictamente la pauta del emplazamiento legal aducido

¹⁷ Gimbernat Ordeig, Enrique, “El sistema del Derecho Penal en la actualidad”, en Estudios de Derecho Penal, Madrid, 1981, pp. 145 y ss.

¹⁸ Como autores partidarios de esta interpretación, ver: Quintero/Muñoz Conde, cit., p. 64; Bustos Ramírez, cit., pp. 221-222; Quintero Olivares, cit., p. 424; Maqueda Abreu, cit., p. 235, quien cita en apoyo de su opinión la S. de Octubre de 1984, redactada en este sentido. ¡Claro que también otras Sentencias, incluso más modernas la califican de otro modo, como por ejemplo, de causa de inculpabilidad: así, SS 7 de Febrero, 25 de Abril, y 3 de Junio de 1985, mencionadas precisamente por la misma autora!. Por otra parte, y sin ir más lejos, la fuerza irresistible no debería significar para ellos la exclusión del tipo, sino cualquier otra vía de irresponsabilidad criminal; pues eso habría que deducir siguiendo la lógica de su razonamiento, al estar colocada en el artículo 81, y no haberse extraído de él. ¿Y es así como la califican estos autores? Sólo es preciso ojear los Manuales de algunos de ellos para ver que no ocurre en esta forma. Todo lo cual prueba, a nuestro parecer, que el emplazamiento nada prueba. ¿Por qué, entonces, insistir en un razonamiento tan endeble y tan frecuentemente contradicho, incluso por el propio Código?

¹⁹ Como ejemplo, entre otros muchos, puede verse la crítica realizada a vanos artículos, en este sentido: García Vitoria, Aurora, M derecho a la intimidad en el Derecho penal y en la Constitución de 1978, Pamplona, 1983, p. 97.

por estos autores, y para ser coherentes con su razonamiento, era lógico suponerle una exigente genérica, por cuanto dicen que al haberse extraído se comprueba que no lo es. En consecuencia, si ahora no lo es por haberla apartado, cuando en cambio se hallaba recogida en el artículo 8º es por que debía tener esta naturaleza, y sin embargo le han denegado siempre dicha condición. ¿Porqué, entonces, aferrarse ahora al criterio de la ubicación, que ellos mismos rechazaron en su momento? Por tanto, la nueva situación del mencionado artículo puede decir todo o no decir nada, depende de como se interprete. De todas formas, si algo parece claro es, que con independencia de como se conceptúe, no es razonable pensar que simplemente por haber cambiado de sitio en el Código, ha cambiado también de naturaleza.

Pero, incluso, y abstracción hecha de esta cuestión, una cosa resulta evidente: la redacción del anterior artículo 8.º no derivaba responsabilidad civil, como tampoco la actual. Si a lo dicho se añade la supresión del artículo 64, en principio tales razones descartan la teoría de las formas de culpabilidad, según expusimos anteriormente, pero posibilitan las otras dos, pues en ambas, bien como causa de exclusión del tipo o de la antijuricidad, la conclusión es que por mero accidente, es decir, sin dolo o culpa, no hay delito, y por tanto la conducta no resulta punible quedando además todo tipo de responsabilidad derogada; siendo esto lo que en definitiva, a nuestro juicio pretende el legislador.

Para finalizar, sólo nos queda hacer una referencia a la crítica formulada por Maqueda, en la cual se califica de “perturbadora” e “innecesaria” la pretensión legal que exige, para considerar fortuito un evento, ser debido a “mero accidente”, que en base a su opinión, refrendada por la estimativa tradicional, debe interpretarse como resultado acaecido además de sin dolo o culpa por parte del sujeto, de forma objetivamente imprevisible, equivaliendo esto último a ‘desubjetivizarlo’, evitando así “que su eficacia exigente pueda quedar condicionada a las concretas facultades de previsión personal del autor”, lo cual como colofón, puede acarrear confusión en el intérprete, induciéndole a estimar insuficiente la ausencia de dolo o culpa, cuando lo ocurrido no sea accidental, pero en cambio resulte objetivamente previsible²⁰.

No falta desde luego razón a la autora para traducir en este doble sentido el mencionado requisito, ya que como apuntábamos, a mayor abundamiento el sentir doctrinal y jurisprudencial ha venido -y continúa decantándose en dicho rumbo, que- a pesar de la Reforma de 1983 sigue manteniendo su peso específico, condicionado en muy gran medida por la abrumadora influencia ejercida por el principio del “versari in re illicita” en la valoración usual del término, valoración ésta unas veces ligada a resabios versaristas, y otras, en cambio, buscando paliar sus consecuencias, pero entre las que ha habido confluencia, al tratar ambas de objetivizar máximamente el caso fortuito, como recurso para deslindar lo realmente atribuible al sujeto, lo cual supone, en definitiva, un enjuiciamiento tan asumido que, por arraigado, obstaculiza, a nuestro parecer, advertir la existencia de otras posibilidades interpretativas aptas para transformar, como veremos, esta condición en vez de perturbadora en simplemente innecesaria.

Comenzaremos señalando al respecto, que encontramos nuestro juicio abonado por una deducción extraíble del criterio regulador que ha inspirado la Reforma, contrario entre otras cosas, como se sabe, a la atribución de un hecho al sujeto sin su intervención dolosa o culposa, lo cual se proclama desde el primer artículo del Código Penal, determinando como

²⁰ Maqueda Abreu, cit., pp. 236-237.

requisito “sine qua non” para imputar un hecho a su autor, que éste haya participado de él cuando menos imprudentemente, y por tanto, de no terciar dolo o culpa, en modo alguno puede responsabilizársele de otro tipo de consecuencias sobrevenidas. Y como en dicho supuesto se trata de resultados, producidos sin la previsión personal del autor, y por ello sin intervención de dolo o culpa, y por tanto ocurridos accidentalmente, fortuitamente, en una palabra, quedan fuera de lo punible, y deben quedarlo, normativa y político criminalmente hablando, por muy previsibles objetivamente, es decir, al margen del autor, que resulten.

Y asimismo puede considerarse como fundamento de lo manifestado, que si la pena sirve para proteger bienes jurídicos a través de la motivación ejercida en el sujeto para que se abstenga de delinquir, esto no puede predicarse del caso fortuito, ya que es inútil castigar conductas que no son evitables por serle imprevisibles. La pena, entonces, sería ineficaz para cumplir su cometido de proteger bienes jurídicos, estimulando al sujeto a respetarlos, y por tanto innecesaria, ya que el sujeto en modo alguno pretende transgredirlos²¹.

Así pues, cabe impedirse el riesgo señalado por la autora, si se tiene en cuenta, ya en un primer momento, el contenido del artículo 19.

Pero además, creemos asimismo factible erradicarlo mediante una comprensión del artículo 6 bis b) distinta a la antes citada por Maqueda, y bajo las siguientes premisas:

En primer lugar, el artículo dice: “si el hecho se causare por mero accidente (,) sin dolo o culpa del sujeto, se reputará fortuito y no será punible”. Según se advierte, nos hemos permitido destacar el signo *tic* la coma (,) intercalada entre ‘mero accidente’ y ‘sin dolo o culpa’, por motivos a continuación expuestos, corra() es que su interposición permite extraer, siguiendo como antes dijimos el principio rector de la Parte General del Código Penal, la conclusión de que en nada se exige, por entrar en colisión con él, la necesidad de dos requisitos, uno objetivo, su producción accidental, y otro subjetivo, ausencia de dolo o culpa. en el sujeto desencadenante, para considerar fortuito un hecho; pudiendo apreciarse en cambio un solo requisito, aunque reiterativamente formulado, al ser plenamente asimilable el *meto* accidente con la ausencia de dolo o culpa, pues faltando arribos, lo acaecido no puede ser más que accidental, como ya se puso de relieve y ahora se ratifica. Y no existiendo dolo o culpa, lo meramente accidental, sin más, es inatribuible al sujeto, por impedirse desde el artículo 1º, que a su vez posibilita esta deducción del artículo 6 bis b), más acorde con el espíritu *tic* ambos, al par que más favorable para el destinatario de la norma.

Por tanto, parece que otra conclusión diferente, en el sentido de poder imputar algo a una persona, sin contar con la previsibilidad subjetiva de ésta, queda vetada de antemano, mostrando asimismo, que el artículo 6 bis b) y el artículo 1º se hallan perfectamente armonizados, y en consecuencia, lo que es válido para uno lo es para el otro; sin que a nuestro parecer, quepa objetar que el artículo 1º proclama un principio general, y el artículo 6 bis b) regula una situación concreta, debiendo existir por tanto entre ambos las lógicas diferencias; pues en realidad, y como ya se ha expuesto, el artículo 6 bis b) no es más que una redundancia del artículo 1º.

²¹ Argumento tomado, con alguna modificación de: Mir Puig, Santiago, Introducción a las bases del Derecho Penal, Barcelona, 1982, p. 153. Así, también: octavo de Toledo y Objeto, Emilio, Sobre el concepto del Derecho Penal, Madrid, 1981, p. 364.

En segundo lugar, una interpretación gramatical del artículo 6 bis b), muestra una vez más que estamos ante un solo requisito, aunque desafortunadamente formulado, en verdad, por lo reiterativo. Así, si en vez de equiparar la aludida coma (,) para reputar fortuito un hecho, a la doble exigencia clásica de su causación ‘por mero accidente’, y además, ‘sin dolo o culpa’, transmutando la finalidad de la coma en una y griega, con lo que parece hacerse referencia a dos demandas, se interpreta no en el sentido de (y), sino en el sentido que simplemente tiene de (,) confirmando la demanda única de que el resultado ha de ser producido por mero accidente, es decir, sin dolo o. culpa, (por eso se utiliza una coma, que indica insistencia en una sola cosa, en vez de una y griega, que indica enlace entre dos cosas) es advertible que ‘mero accidente’ y ‘sin dolo o: culpa’ vienen a significar claramente, lo mismo, pero con distinta terminología; corroborándolo incluso el Diccionario, por cuanto entre las acepciones de “accidente”, incluye “suceso fortuito” y “suceso eventual o acción de que involuntariamente resulta un daño”. Todo lo cual, una vez más, hace manifiesto que el suceso desencadenado sin dolo o culpa, no puede ser reputado más que meramente accidental, y por tanto fortuito, y por tanto no punible; quedando de esta manera perfectamente conjuntados el tenor gramatical con el teleológico del artículo.

En resumen, y como corolario de lo manifestado, la formulación deducible es exactamente igual a la ofrecida por el Código, por lo cual nada hay de perturbador, si bien hubiera sido preferible, para obviar problemas, decir exclusivamente: “si el hecho se causare por mero accidente, se reputará fortuito...”, o “si el hecho se causare sin dolo ni culpa riel sujeto, se reputará fortuito...”, con lo cual, además, dejaría de ser desafortunada por reiterativa, aunque desde luego, siempre resulta innecesaria. Pero como también hemos dicho con anterioridad, no sólo esto sino todo el artículo es innecesario, y debería suprimirse, evitándose así las dificultades señaladas.